

## حماية التركة بتقييد الوصية وتكييف التصرفات

### في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

## Protection Of The Estate By Restricting The Will And The Nature Of Dispositions In Islamic Jurisprudence And The Positive Law

د. عبدالقادر محمد رجال

كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر

### الملخص

يتناول البحث موضوعاً يتعلق بالآليات التي رسمها الشرع والقانون لحماية التركة، ومجال الحماية منحصر في ضمانات تقييد الوصية والتصرفات الساترة لها، ولا سيما أن المسألة تتعلق بانتقال الملكية للخلف طبقاً لما هو متفق عليه شرعاً وقانوناً، على أن صورة الحماية تضمنت في وضع ضوابط وقيود لا يمكن للشخص أن يتعدها، وجعل إجازة الوصية للموصي له في الحدود المرسومة، ضماناً لعدم التعدي والتجاوز الذي يلحق ضرراً بالورثة في حقهم المتبقي من التركة. كما أن الحماية لم تتوقف عند هذا الحد، بل تتجاوزها إلى نقض كل سبل التحايل التي يلجأ إليها الشخص بإبرام عقود معاوضات، والتي يقصد من وراءها الوصية، والمساماة بالوصية المستترة، فنجد أن عبارات الفقهاء في الشريعة والقانون اتفقت على تكييف التصرف باعتباره عقد وصية كضمان لحماية التركة من التصرفات من جهة، وضماناً لحق الورثة من جهة أخرى. كما أن الحماية لم تتوقف عند هذا الحد، بل تتجاوزها إلى نقض كل سبل التحايل التي يلجأ إليها الشخص بإبرام عقود معاوضات، والتي يقصد من وراءها الوصية، والمساماة بالوصية المستترة، فنجد أن عبارات الفقهاء في الشريعة والقانون اتفقت على تكييف التصرف باعتباره عقد وصية كضمان لحماية التركة من التصرفات من جهة، وضماناً لحق الورثة من جهة أخرى.

**الكلمات المفتاحية:** (التركة - الوصية - مرض الموت - الوصية المستترة - التصرف الموقوف).

## **Abstract**

The article deals with a topic related to the mechanisms that are established by the Sharia and the law to protect the estate, and the field of protection is limited to guaranteeing the restriction of the will and the hidden actions of it, especially that the issue relates to the transfer of ownership to the successor in title according to what is sharia and legally agreed upon, provided that the form of protection included were set of controls and restrictions that a person could not exceed it, and to make the ratification of the will for the trustor within the specified limits, as a guarantee of non-infringement and transgression which may harm the heirs in their remaining right of the estate. Moreover, the protection did not stop at this point, but rather it exceeded to revoke all the means of fraud that the person resorted to by concluding contracts of valuable considerations, which is intended as the will, which is called the hidden will. So we find that the phrases of the jurists in Sharia and the law are coincided on the nature of the act that is considered as a contract of will. This is taken as a guarantee to protect the estate from acts on the one hand, and to guarantee the rights of the heirs on the other hand.

**Key words:** Estate – Will – Illness Preceding Death – The Hidden Will – Suspended Disposition.

## مقدمة

اتفقت جل التشريعات على اعتبار كل من الميراث والوصية سببان لكسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة، وفي كليهما تتحقق الخلافة في المال من المورث إلى الوارث أو من الموصي إلى الموصي له، وإن اختلفت طبيعة الخلافة بين كونها جبرية أو اختيارية.

ولما رسم الشارع والقانون قواعد الخلافة الإلزامية المتمثلة في الميراث، بصفة محكمة ودقيقة، فإنه تبعاً لذلك لم يترك زمام الخلافة الاختيارية - المتمثلة في الوصية - تحت إرادة الموصي المطلقة، بل رسم لها حدود وضوابط ينبغي للموصي التقيد بها، وهي التي وردت في الشريعة الإسلامية، وتبنتها جل التشريعات الوضعية باعتبار أن جميع أحكام الشريعة الغراء تقوم على أسس مستمدة من قواعد و مبادئ منزهة عن النقص أو القصور، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن بعض الأشخاص قد يعتمدون إلى التحايل، بإبرام تصرفات مع أحد الورثة تحت غطاء عقود معاوضات، ولكن حقيقتها أنها وصية مستترة، حتى ينالوا الحرية في اختيار من يخلفهم في أموالهم، وهروباً من القيود الواردة على الوصية.

وأمام كل هذا، تظهر أهمية الموضوع، الجدير بالبحث والدراسة، لأنه يثير إشكالات عملية في المحاكم، أين ترفع الدعاوى من الورثة بعدم نفاذ التصرف حماية لجزء التركة المتبقي كميراث. كما تظهر أهميته، أنه يفتح مجالاً واسعاً للقاضي لممارسة سلطته التقديرية في الحكم على التصرف وفقاً لمجموعة قرائن ودلائل مطروحة أمامه، فضلاً عما هو موجود في الفقه الإسلامي والقانون وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

### إشكالية البحث:

تجلت إشكالية البحث من منطلق الحماية التي وفرها الفقه والقانون للتركة والضمانات التي منحتها، وبناء عليه، كانت الإشكالية كالتالي:

كيف تجلت حماية التركة في الفقه والقانون؟ وما هي الضمانات التي رسمها التشريع للحد من التعسف في عقد الوصية، وسائر الوصايا تحت مسمى عقود المعاوضات؟

### منهج البحث:

لما كانت الدراسات الأكاديمية تحتاج إلى منهج ينبغي للباحث الالتزام به والسير على منواله، فقد تجلّى ذلك في المنهج التحليلي المقارن، وذلك ببيان مسائل البحث بشيء من التحليل للنصوص القانونية ومقارنتها، وما تعلق بالمسائل الفقهية فإنها تورد بالتحليل والمقارنة بين مذاهب العلماء في كل مسألة.

### أهداف البحث:

كانت من وراء الكتابة في الموضوع جملة من الأهداف تمثلت فيما يلي:

**أولاً:** إثراء المكتبات الجامعية بالموضوع وأهميته.

**ثانياً:** إبراز الأهمية التي حظيت بها التركة من خلال إظهار عناصرها الجوهرية وصور حمايتها.

**ثالثاً:** حسم جملة من الإشكالات التي تثيرها تصرفات المريض مرض الموت والتي ارتبطت بحق الورثة في إجازتها أو الاعتراض عليها.

**رابعاً:** بيان أوجه الشبه والاختلاف بين ما أقرته القوانين بما هو محفوظ عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

**خامساً:** الخوض في تفاصيل وجزئيات مسائل الوصية الظاهرة والباطنة تقييداً وإطلاقاً وإبراز مدى ارتباط أحكامها بموضوع التركة.

وبناء على ما قيل، فقد قمت بتقسيم الخطة إلى مبحثين، وتضمن كل مبحث مطالب وفروع:

**المبحث الأول:** حماية التركة بتقييد الوصية

**المطلب الأول:** مفهوم التركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الثاني: نطاق تقييد الوصية

الفرع الأول: مفهوم الوصية وتكييفها الشرعي والقانوني

الفرع الثاني: تقييد التركة في نطاق المقدار والأشخاص

الفرع الثالث: أساس تقييد الوصية

المبحث الثاني: حماية التركة بتكليف التصرفات الساترة للوصية

المطلب الأول: تصرفات المريض مرض الموت

الفرع الأول: صدور التصرف في مرض الموت

الفرع الثاني: تصرف المريض في مرض الموت بقصد التبرع

المطلب الثاني: تصرف المورث بقصد حياة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة

الفرع الأول: شروط تصرف مالك التركة

الفرع الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لتصرف المورث

## المبحث الأول

### حماية التركة بتقييد الوصية

لقد تجلت حكمة الشارع في حمايته للتركة، أن شرع الوصية، وقيدتها بقيود ورسم لها ضوابط يسيّر على نهجها الموصي، وهذا ضماناً لحق الورثة، وبالنظر إلى قانون الأسرة الجزائري،<sup>(1)</sup> نجد أن المشرع قد نص على الوصية في المواد من 184 إلى 204، ولم يتوقف الأمر عند الوصية المعروفة، بل تعدى ذلك ليشمل سائر التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت باعتبارها تصرفات تسري عليهم أحكام الوصية.

## المطلب الأول

### مفهوم التركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### الفرع الأول: تعريف التركة

**أولاً: لغة:** ما يتركه الشخص ويبقيه، يقال ترك الشيء خلاه، وتركة الميت ثرائه المتروك.<sup>(2)</sup> وكذا بكسر التاء وسكون الراء: هي الشيء المتروك الذي خلاه صاحبه.

**ثانياً: اصطلاحاً:** اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد مدلول التركة، حيث شملت بعضها لكل ما كان للميت حال حياته من أعيان مالية وحقوق، سواء أكان قد تعلق ببعض ما تركه من حقوق لغيره حال حياته كحق الرهن أم لا. كما شملت بعضها قصر تعريف التركة على غير الأعيان المالية التي كان قد تعلق بها حق الغير حال حياة المتوفى.<sup>(3)</sup>

(1) وجل التشريعات العربية أفردت باباً للوصية في قانونها للأحوال الشخصية، وحتى في القانون المدني عند ذكر طرق اكتساب الملكية، كما أن التشريع المصري أفرد قانوناً خاصاً للوصية.

(2) الرازي: محمد بن أبي بكر (ت 660 هـ)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 32.

(3) أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1978، ص 37.

وبناء على ذلك، عرفها المالكية بأنها: "حق يقبل التجزي يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لوجود قرابة بينهما أو ما في معناه"،<sup>(1)</sup> وذهب الشافعية والحنابلة بأنها: "ما يخلفه الإنسان بعد موته من مال أو حق أو اختصاص".<sup>(2)</sup>

وهذا مسلك الجمهور في تحديد عبارة التركة، استدلوا بحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من مات وترك مالا، فماله لموالي العصابة، ومن ترك كلاً أو ضياعاً فأنا وليه".<sup>(3)</sup> فأما المال فلا خلاف بين العلماء في توريثه. وأما الحقوق والاختصاصات فإنها كانت مملوكة للمورث قبل وفاته ملكاً لازماً، واستمر هذا إلى موته، فوجب أن تدخل ضمن التركة، وتنتقل إلى أقرب الناس إليه وهو الورثة، كما تنتقل إليهم ملكية أمواله الأخرى، بجامع لزوم الملك في كل، وبناء عليه، تدخل المنافع.

أما الحنفية فقالوا أن التركة: "هي ما يتركه الإنسان بعد موته من الأموال صافياً عن تعلق الغير بعين من الأموال"،<sup>(4)</sup> ويقول الحنفية لا تكون الأعيان المالية التي تعلق بها حق الغير - كالرهن - حال حياة المتوفى معدودة من التركة، وإن كانت لا تزال مملوكة الرقبة له بعد موته، فالحنفية قصرها التركة في المال فقط، أو الحقوق التي تعلقت بالمال، وما عداها لا تصلح الحقوق الأخرى للتوريث، قال برهان الدين البخاري رحمه الله: "لا شك أن أعيان الأموال يجري فيها الإرث، وأما الحقوق منها ما لا يجري فيه الإرث، نحو حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف عندنا والنكاح لا

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، 580/08.

(2) الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ، 07/03.

(3) رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب ابني عم أحدهما أخ للأُم والآخر زوج، رقم 6745، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1400هـ،

240/4. وأبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أرزاق الذرية، رقم 2955، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ، 243/3.

والنسائي، كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين، رقم 2100، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ، 2001م، 437/2.

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ، 2003م،

493/10.

يورث بلا خلاف...".<sup>(1)</sup> وقال الإمام الكمال بن الهمام رحمه الله: "الانتقال من الميت إلى من يخلفه إنما ثبت شرعا في أملاك الأعيان، وهو معلوم متفق عليه، وأما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فإنه يتوقف على الدليل السمعي، ولم يوجد، ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي، فإن قالوا بل قد وجد ما روي في الحديث، قلنا الثابت قوله: "مالاً" في الصحيح، وأما الزيادة الأخرى (أو حقا فلورثته) فلم تثبت عندنا، وما لم يثبت لا يتم به دليل".<sup>(2)</sup> وبهذا الرأي ذهب الإمام ابن حزم رحمه الله، في معرض حديثه عن توريث الشفعة من عدمها فقال: "إنما أوجب الله تعالى الميراث في الأموال فقط لا فيما ليس مالا. وعلم من هذا أن الذي ينتقل إلى الورثة بنص الشارع هو المال وهو محصور في الأعيان المادية، وما عدا ذلك فثبوت الميراث فيه يتوقف على الدليل السمعي، ولم يوجد...".<sup>(3)</sup> وعن سبب الخلاف في الموضوع، قال ابن رشد رحمه الله: "وعدة المالكية والشافعية: أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال. وعمدة الحنفية: أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال، فموضع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كأموال أم لا؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه، منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه...".<sup>(4)</sup>

(1) برهان الدين البخاري (ت 616 هـ)، المحيط البرهاني، إدارة القرآن، باكستان، ط1، 1424هـ، 2004م، 281/23.

(2) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م، 295/06.

(3) ابن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، (د، ط) 25، 28/08.

(4) ابن رشد (ت 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ، 2033م، 371/2.



## ثالثاً: قانوناً

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري تحديد لمفهوم التركة مطلقاً،<sup>(1)</sup> مما يستوجب معه الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وبعد تتبّع مذاهب العلماء، نجد أن مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup> أقرب إلى اختيار المشرع، ومما يؤكد ذلك، ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 2009/05/13 بأن: "الإرث: هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته".<sup>(3)</sup> وقيل بأنها: "اسم لما كان مملوكاً للمورث إلى وقت وفاته، أو بمعنى كل ما يتركه المتوفى بعد وفاته من مال أو متاع سواء كان منقولاً أو عقاراً خالياً من حقوق الغير".<sup>(4)</sup> أما عن تحديد المال في التشريع الجزائري، نجد بأن المشرع قد ذكره في القسم الثاني تحت عنوان: "تقسيم الأشياء والأموال" في نص المادة 682 من القانون المدني على أنه: "كل شيء غير خارج عن التعامل عن طبيعته أو بحكم القانون، يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".<sup>(5)</sup>

### الفرع الثاني: ما يدخل في مسمى التركة وما يخرج عنها

مما لا خلاف فيه أن جميع الحقوق المالية تنتقل إلى الوارث عن طريق الميراث بعد وفاة المورث، وهذا على اعتبار أن الوارث هو خلف للمورث في حقوقه المالية. حتى قيل إن الوارث هو الذي

---

(1) هذا بخلاف ما استقرت عليه معظم التشريعات العربية، منها التشريع المغربي، فقد أورد مفهوم للتركة، وذلك في نص المادة 321 من مدونة الأسرة على أن: "التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية". وكذا القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 241 منه على أن: "التركة ما يتركه المتوفى من أموال وحقوق مالية".

(2) انظر: نفس المصادر السابقة عند تحديد مفهوم التركة.

(3) قرار المحكمة العليا، 2009/05/13، رقم 490334، المجلة القضائية، سنة 2009، ع 02، ص 296.

(4) العربي بلحاج، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 22.

(5) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 36.

ينتقل ليحل محل المورث في مجموع حقوقه، فيقوم مقامه، وما قيل عن الوارث ينطبق تماماً على الموصي له بجزء من هذه الحقوق، ذلك أن نظرية الخلافة تتسع له كما اتسعت للوارث.

**أ. حقوق غير مالية:** وهي حقوق شخصية لا تتعدى إلى غير صاحبها بحال، فهي لا تورث عنه مطلقاً، كحق الأم في الحضانة وحق الأب في الولاية، وحق الشخص في الوظيفة، والحق في تطبيق الزوجة. ولأن المورث لم يكتسبها بالعقد ليجتنب عن مدى انصراف أثر العقد إلى الورثة، فهي مكتسبة بالشرع، ويدخل فيها أيضاً ما يكسبه المورث من الحقوق غير المالية بالإرادة، كما لو كان قد أوصى. قال الإمام تاج الدين السبكي رحمه الله: " ما لا ينتقل للوارث: اللعان، وقد كان يختلج في ذهن أنه ينبغي ثبوته له دفعا عن النسب الذي اشترك الوارث والموروث فيه، غير أنه لما رجع إلى أمر يعتقده المورث لا يشاركه فيه غيره، لم ينتقل. وكذلك الفيئة بعد الإيلاء لا تورث لتعلقه بشهوته، واختيار أربع من خمس فصاعداً - أسلم عليهن - ومن ثم لا يجوز التوكيل فيه. وكذلك ما بيده من قضاء ومناصب، كما لا ينتقل اجتهاده وعلمه ودينه...".<sup>(1)</sup>

**ب. حقوق مالية تتعلق بشخص المورث نفسه:** فما كان من الحقوق مالياً، ولكنه متصل بشخص المورث فإنه لا ينتقل إلى الوارث، كدين النفقة، سواء كان الدائن زوجة أو قريباً، فهي لا تنتقل إلى الوارث بعد موت الدائن، وكذا رجوع الواهب عن هبته، وضرب الأجل في الدين، فهو من حق الدائن وحده، فإن شيئاً من هذا لا ينتقل إلى الوارث، لأن طبيعة الحق تستعصي على هذا الانتقال، وتأبى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي، وزواله بموته.

**ج. حقوق مالية أخرى تتعلق بإرادة المورث ومشيئته:** كحق الشفعة، وحق الخيارات، وحق القصاص، وقبول الوصية، فهذه محل خلاف بين العلماء، فالجمهور على أنها تورث لأن تعلقها

(1) السبكي: تاج الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1991م، 365/01.

بالأعيان المالية جعلها حقوقاً مالية،<sup>(1)</sup> فيحل الوارث محل المورث فيها، جاء في الشرح الصغير: " وإذا مات من له الخيار أو فلس، انتقل الخيار لوارث له ليس معه غريم، أو معه غريم ولم يحطّ الدين بمال الميت. أما إن أحاط دينها تنتقل للغريم، ولا كلام لوارث مع الغريم...".<sup>(2)</sup> ولأنه ثبت له الملك أو حق الملك، وإذا مات المتحجر انتقل حقه إلى ورثته. وحكم الإقالة والتحالف مع الوارث كحكمها مع المورث. وكذا حق القذف وقصاص الأطراف تنتقل إلى الوارث وإن لم تكن مالاً، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه، أو الجناية عليه.<sup>(3)</sup> خلافاً للحنفية الذين قالوا بعدم توريثها، وعللوا بأنها رغبة ومشية لمن تثبت له وهو المورث، والرغبات لا تورث لأنها من الصفات الشخصية. قال الإمام ابن عابدين رحمه الله: " الإرث يجري في الأعيان المالية، أما الحقوق فمنها ما يورث كحق حبس المبيع وحبس الرهن، ومنها ما لا يورث محق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف والنكاح - أي حق التزويج - أما خيار الرؤية فالصحيح أنه يورث...".<sup>(4)</sup> وقال بعدم التوريث الحنابلة. ولأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث، كخيار الرجوع في الهبة.<sup>(5)</sup>

قال الإمام الزركشي رحمه الله: " واعلم أن الحقوق لا تورث مجردة ابتداء وإنما تورث تبعاً للأموال، كما في الخيار ونحوه، فلو لم يرث المال لمانع قام به، لم ينتقل إليه شيء كما لو وهب الوالد لولده ثم مات، لم يكن لوارث غيره - أي الوالد - الرجوع في ذلك وإن كان ذلك من توابع المال، لأن الموهوب غير موروث عنه، وحق الرجوع متعلق بصفة الأبوة وقد مات".<sup>(6)</sup>

(1) وهو الذي قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الشفعة من الحقوق التي يجري التوارث فيها، فإن توفي صاحبه قبل استعماله انتقل إلى ورثته ". نقض رقم 1025 لسنة 49 قضائية، جلسة 1984/02/16  
(2) الدردير: أبي البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة، 145/03.  
(3) تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، 364/01.  
(4) ابن عابدين، (ت 1252 هـ) رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، ط خ، 1423هـ، 2003م، 498/10.  
(5) ابن قدامة، الكافي على مذهب الإمام أحمد، هجر، الجيزة، ط1، 1417هـ، 1997م، 77/03.  
(1) الزركشي (ت 794 هـ)، المنثور في القواعد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1402هـ، 57/02.

## المطلب الثاني

### نطاق تقييد الوصية

#### الفرع الأول: مفهوم الوصية وتكييفها الشرعي والقانوني

**أولاً: لغة من وصي:** يقال أوصى له بشيء وأوصى إليه جعله وصية، والاسم الوصاية بفتح الواو وكسرهما. وأوصاه ووصاه توصيةً بمعنى والاسم الوصاية. وتواصى القوم: أوصى بعضهم بعضاً. (1)

**ثانياً: الاصطلاح:** الوصايا جمع وصية، وهي التبرع المضاف إلى ما بعد الموت. (2) وقيل بأنها: "اسم لما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته بطريق التطوع، او في مرضه الذي مات فيه". (3)

#### ثالثاً: قانوناً

ورد مفهوم الوصية في نص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(4)</sup> على أن: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". وهو ما أكدته المحكمة العليا، وأنها تنفذ بعد الوفاة وقبل تقسيم التركة على أنه: "من المقرر قانوناً أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدمة على التركة، ولما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة التركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دعواً يتعلق بوجود وصية، فإن قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك، استناداً للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو ونفيها، ولا يمكنهم القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة

(1) الرازي: أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 302.

(2) الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، 401/4. ابن قدامة، المغني، عالم الكتب، بيروت، 389/08.

(4) أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها، مرجع سابق، ص 780.

(1) وكذا المشرع المغربي في نص المادة 278 من مدونة الأسرة: "الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته" والمشرع التونسي في الفصل 171: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينياً أو منفعة". والمشرع الكويتي في نص المادة 214 من قانون الأحوال الشخصية: "الوصية تصرف في التركة، مضاف إلى ما بعد الموت".

المورث، لأن ذلك يعد خرقاً واضحاً للقانون، ولأحكام الشريعة الإسلامية، مما يعرض قضائهم للإبطال". (1)

ويستخلص من العبارات المستعملة في هذا التعريف ما يلي:

- إن استعمال مصطلح "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعاً وشاملاً لكل أنواع الوصايا؛ سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره.

- إن المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي؛ وبالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة.

ولما كانت الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصول الوفاة، وموت الموصي مصرّاً عليها، وتكون محكومة بالقانون الساري وقت الوفاة. (2)

### ثالثاً: تكييفها الشرعي والقانوني

قال الإمام الكاساني رحمه الله: "القياس يأبى جواز الوصية، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، فنقع الإضافة إلى زمان زوال الملك، فلا يتصور وقوعه تمليكاً، فلا يصح، إلا أنهم استحسنا جوازها بالكتاب العزيز، والسنة الكريمة، والإجماع...مع أن ضرباً من القياس يقتضي الجواز، وهو أن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقرب، زيادة على القرب السابقة، أو تداركاً لما فرط في حياته، وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد، فإذا مست حاجتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها. وبه تبين أن ملك الإنسان لا يزول بموته فيما يحتاج إليه". (3)

---

(2) قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1995/05/02، ملف رقم 116375، المجلة القضائية، ع 01، سنة 1996، ص 108.  
(3) وفي هذا قررت محكمة النقض المصرية في قرارها: "متى كان المورث قد توفي في وقت سريان قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون". نقض رقم 213 لسنة 22 قضائية، جلسة 1956/02/23.  
(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ، 2003م، 468/10.

وبناء على هذا، تُستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً، والأصل في ذلك قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ وَالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}.<sup>(2)</sup> فُنسخ الوجوب، وبقي الاستحباب في حق من لا يرث مُحكماً غير منسوخ، قال ابن رشد الجد رحمه الله: " فالوصية بما يتقرب به إلى الله تعالى مما لا يجب عليه في حياته على مذهب مالك وجمهور أهل العلم، مرغّب فيها ومندوب إليها وليست بواجبة...".<sup>(1)</sup> وقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ}.<sup>(2)</sup> وبناء على ما ورد في مشروعيتها، فإن الوصية إما أن تكون تملكاً أو صدقة، فتكون تملكاً إذا أوصى لمعين واحداً كان أو أكثر ممن يحصون عدداً. وتكون صدقة إذا كانت في سبيل الله، أو لجهة من جهات الخير، أو للفقراء ممن لا يحصون عدداً.<sup>(3)</sup>

**أما قانوناً:** فقد اعتبرها المشرع الجزائري طريقاً من طرق اكتساب الملكية للموصي إليه، بحيث أوردتها في الفصل الثاني تحت عنوان: " طرق اكتساب الملكية " وأورد الوصية، في المواد من 775 إلى 777 من القانون المدني. فقد نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ".<sup>(4)</sup> والمقصود بالوصية هنا، هي الوصية الاختيارية، لأنها تقع باختيار الموصي فقط. أما الوصية الواجبة، فهي تجب بقوة القانون - والمعبر عنها بـ " التنزيل " في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة.

(2) ابن رشد الجد، المقدمات والمهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ، 114/03.

(3) سورة النساء، الآية 12.

(4) أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها، مرجع سابق، ص 780.

( ) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم. 4

## الفرع الثاني: تقييد الوصية في نطاق المقدار والأشخاص

### أولاً: تقييد الوصية في نطاق المقدار

اتفق الفقهاء على أن الوصية تكون في حدود الثلث، لحديث سعد بن أبي وقاص قال: "جاءني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة، قلت يا رسول الله: أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ قال: لا. قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم...".<sup>(1)</sup>

وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم".<sup>(2)</sup> هذا كله في حق من كان له مال أو ترك خيراً، فأما الفقير الذي له ورثة محتاجون، فلا يُستحب له أن يُوصي لأن الله تعالى قيدها بمن ترك خيراً، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد: "إنك إن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة...". ومن جملة ما تعرّض له الفقهاء مسألة القدر الذي لا تُستحب الوصية لمالكه، وضابطه في ذلك كما قال ابن قدامة رحمه الله: "والذي يقوى عندي، أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة، فلا تُستحب الوصية، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علل المنع من الوصية بقوله: "أن تترك ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة". ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم، كان تركه لهم كعطيتهم إياه، فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلة، وغناهم وحاجتهم، فلا يتقيد بقدر من المال".<sup>(3)</sup>

(2) رواه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب الوصية في الثلث لا تتعدى، رقم 2824، بيت الأفكار الدولية، بيروت،

1106/4. والبخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن تكففوا الناس، رقم 2742، 287/2.

(3) رواه ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، رقم 2709، دار الجيل، بيروت، ط1، 1408هـ، 273/4.

(1) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 392/08، 393.

ومن الإجماع، فقد اتفقت الأمة على مشروعية الوصية وأنها تكون في حدود الثلث، إن كان له ورثة، وأنه لا تشرع الزيادة عليه في قول جميعهم إلا إذا أجازها الورثة، وإن لم يجيزوها بطلت.

قال الإمام ابن عابدين رحمه الله: " والمقصود ببطلان الوصية هنا ليس بطلانها من أصلها وإلا لما استحق شيئاً، وإنما المراد بطلان الزائد، وبيانه أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث، وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض. والثاني يثبت في ضمن الأول، ولما بطل الأول لحق الورثة وعدم إجازتهم بطل ما في ضمنه وهو التفضيل، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث، فينتصف الثلث بينهما أرباعاً، كما لو أوصى لكل منهما به حقيقة".<sup>(1)</sup>

وعن العلة في تقييدها في الثلث، قال الإمام القفال الشاشي رحمه الله: " ثم لم يصلح أن ينفذ له التصرف في جميع ماله فيكون قد أبطل حق الورثة، وعساهم أن يكونوا أولاداً صغاراً أو كباراً، فتدعوهم الحاجة إلى التعرض لمسألة الناس، ويلحقه بعد وفاته من معار، والعار ما يصون ذو الأقدار أنفسهم عنه في حياتهم وبعد وفاتهم. ولما بطل هذان الطرفان في استحسان العقول وجب أمر بتوسطهما، فجعل ذلك ثلث التركة، فعلقت وصاياهم به، وصرف الثلثان إلى الورثة، وكان هذا من أحسن ما يصار إليه من هذا الباب".<sup>(2)</sup>

**مقدار الوصية في القانون الوضعي: تمسك المشرع الجزائري<sup>(3)</sup> بما استقر عليه إجماع الأمة في مقدار الوصية، وأنها في حدود الثلث من دون زيادة في ذلك إلا بإجازة الورثة، وهو ما أورده في**

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، 363/10.

(1) القفال الشاشي (365هـ) محاسن الشريعة في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ، 2007م، ص 511، 512.

(2) وهو الذي استقرت عليه جل التشريعات العربية، منها التشريع المغربي في نص المادة 277 من مدونة الأسرة، وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 224 من قانون الأحوال الشخصية، والمشرع القطري في نص المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية، والمشرع الأردني في نص المادة 274/ب من قانون الأحوال الشخصية.

أما التشريع الفرنسي: فلم يشترط أن تكون الوصية في حدود الثلث وأجازها في الثلث وأكثر، وهو ما أورده في نص المادة 1006 من القانون المدني التي تنص على أنه: " عندما لا يوجد ورثة يُحفظ لهم نصاب معين من أموال الموصي، وبمجرد وفاة هذا الأخير تنتقل حكماً أموال الموصي كلها إلى الموصي له دون أن يُلزم بتقديم طلب لتسليمها ". وكذا ما ورد في نص المادة 1010 من القانون المدني



نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة ".<sup>(1)</sup> كما قررت المحكمة العليا في قرار لها عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1991/02/24: " أن الوصية تكون في حدود الثلث، وإذا زادت عليه توقفت الزيادة

على إجازة الورثة ".<sup>(2)</sup> وكذلك القرار المؤرخ في 1997/07/29<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة، فيجب أولاً توضيح أن تقدير التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون، فالثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، لأن الورثة يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون، وهذا ما يستشف من المادة 185 من قانون الأسرة بقولها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة" فالمقصود بكلمة التركة "patrimoine" هنا الأموال الخاضعة للوصايا، والمواريث بعد قضاء ديون العباد.

وقد بينت اجتهادات المحكمة العليا المقصود بالإجازة حيث قررت: " أن القرار المطعون فيه لما قرر عدم وجود اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته، وبالتالي فإن إجازته للوصية تصبح نافذة يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض والظن، مخالفاً بذلك أحكام المادة 185 ق، أ التي تجعل من الوصية التي توصى بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى

---

التي تنص على أنه: " الإيضاء بوجه عام هو الذي يوصي بموجبه الموصي نصيباً من الأموال الذي يجيز له القانون التصرف به، مثل النصف أو الثلث أو كل الأموال غير المنقولة، أو كل الأموال المنقولة أو نصيباً محدداً من كل أمواله غير المنقولة أو المنقولة...". وقد وردت صياغة النص كالتالي:

**Art 1010 ;** Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier...

(3) الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

(4) قرار المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، تاريخ 1991/02/24، رقم 75598، المجلة القضائية 1993، ع 02، ص 62.

(5) قرار المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/07/29. رقم 166090، عدد خاص 2001. ص 298 .

شك".<sup>(1)</sup> ولا يثور الإشكال في حالة تجاوز الموصي به ثلث التركة ووجد ورثة يجيزون الزيادة أو يرفضونها، وإنما يطرح الإشكال في حالة عدم وجود ورثة للموصي، فالتشريع الجزائري أغفل هذه الفرضية - أي فرضية عدم وجود الورثة - وذلك بعدم وجود نص قانوني بشأنها، لكن بالرجوع للقواعد العامة في الميراث، فإن نص المادة 4/180 منه تنص على أنه: "في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة". مما يقتضي قياس الوصية على الميراث، في أن الموصي إن لم يكن له ورثة لا يشرع له الزيادة على الثلث - كما هو مذهب الإمام مالك وأهل المدينة والشافعي - تمسكاً بالأصل المشروع في مقدارها، فيؤول ما زاد عن المقدار إلى الخزينة العمومية.

#### ثانياً: تقييد الوصية في نطاق الأشخاص (الوصية للوارث)

قيدت الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية الوصية للورثة، باعتبار أن لهم حق في التركة بالميراث، ووضعت في ذلك استثناء بالإجازة، والأصل في التقييد حديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم خطبهم، وهو على راحته، فقال: "إن الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث، فلا تجوز وصية لوارث".<sup>(2)</sup>

قال الإمام ابن عبد البر رحمه الله: "أجمع العلماء على القول بأن لا وصية لوارث، وعلى العمل بذلك قطعا منهم على صحة هذا الحديث، وتلقينا منهم له بالقبول، فسقط الكلام في إسناده...".<sup>(3)</sup>

---

(1) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/03/14. رقم 241885. المجلة القضائية. ع1، 2002 ص 133  
(1) رواه الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم 2121، 434/4. والنسائي، كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث، رقم 6435، سنن النسائي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ، 2001م، 158/6. وابن ماجه، في الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم 2712، وإسناده ضعيف، لضعف شهر بن حوشب، لكن للحديث شواهد كثيرة، ولهذا قال الترمذي: حسن صحيح. 277/4، 278.

(2) ابن عبد البر، الاستدكار، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1414هـ، 1993م، 14/23. وانظر أيضا: ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1، 1425هـ، 404/4.

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم منع عطية بعض ولده،<sup>(1)</sup> وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة، وقوة الملك، وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم، ففي حال موته أو مرضه، وضعف ملكه، وتعلق الحقوق به أولى وأحرى.<sup>(2)</sup>

وقد اختلف العلماء إذا أوصى شخص لوارث وأجازه بقية الورثة، هل تصح وصيته أم لا على قولين:

**القول الأول:** أن وصيته صحيحة، وهو مذهب جمهور الفقهاء، قال الإمام مالك رحمه الله: "السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا يجوز وصية لوارث، إلا أن يُجيز له ذلك ورثة الميت، وأنه إن أجازها له بعضهم، وأبى بعض، جاز له حق من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه من ذلك".<sup>(3)</sup> قال الإمام ابن عبد البر رحمه الله: "اتفق الجمهور من فقهاء الأمصار على أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازها الورثة بعد الموت جازت، وإن ردّها فهي مردودة."<sup>(4)</sup> وقال الإمام المرداوي رحمه الله: "تصح الوصية بإجازة الورثة، فتكون موقوفة عليها، وهذا الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، صححه في الفروع وغيره، وجزم به في المحرر".<sup>(5)</sup> واحتج

---

(3) رواه مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم 1623، وهي قصة النعمان بن بشير رضي الله عنه الذي تصدق عليه أبوه ببعض ماله، فذهب إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على العطية، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أفعلت هذا بولدك كلهم؟". قال: لا قال: "انقوا الله واعدلوا في أولادكم" صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، ط1، 1427هـ، 2006م، 763/2.

(4) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 396/8.

(1) مالك بن أنس، الموطأ، 1111/4.

(2) ابن عبد البر، الاستذكار، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1414هـ، 1993م، 19/23.

(3) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 183/7.

الجمهور على مشروعية الوصية للوارث إذا أجازها الورثة، بحديث ابن عباس، أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا وصية لوارث، إلا أن يشاء الورثة".<sup>(1)</sup>

**القول الثاني:** أن الوصية لا تصح، وهو قول الإمام المزني في أحد قولي المذهب، قال الإمام الشيرازي رحمه الله: "واختلف قوله في الوصية للوارث فقال في أحد قوليه لا تصح لحديث جابر " لا وصية لوارث " ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث، وعلى هذا الإجازة هبة مبتدأ يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة...".<sup>(2)</sup> وهو مذهب داود وجماعة أهل الظاهر، ورواية عن الإمام أحمد، في أنه لا تجوز الوصية للوارث، أجازها الورثة أو لا، واحتجوا بظاهر الحديث : " لا وصية لوارث "، قال ابن حزم رحمه الله : " ولا تحل الوصية لوارث أصلاً، فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصي: بطلت الوصية له، فإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية، لأنها إذ عقدها كانت باطلاً، وسواء جوز الورثة ذلك أو لم يجوزا، إذ قد منع الله تعالى من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم، فهو مالهم...".<sup>(3)</sup> فمستند هذا الرأي أن الحديث يفيد بظاهره نفي الصحة، لأن النفي يتوجه أولاً إلى الذات لأنه الحقيقة، فإذا تعذرت الحقيقة فيحمل الكلام على أقرب مجاز وهو نفي الصحة، فيكون معناه لا وصية صحيحة للوارث، وعليه فلا يترتب عنها أي أثر شرعي لأنها باطلة، ولا يمكن للإجازة بعدها أن تصححها بحال.

(4) رواه البيهقي في سننه، كتاب الوصايا، باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، رقم 12535، 446/6. والدار قطني في سننه، كتاب الفرائض، باب لا وصية لوارث، رقم 4150، والحديث من طريق عطاء الخرساني عن ابن عباس، وهو لم يُدرکه، سنن الدار قطني، 171/5.

(5) الشيرازي: أبي اسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ، 1995م، 342/2.  
(1) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 196/10. ابن قدامة، المغني، 396/8. المرادوي، الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف، 183/7.

وهذا القول انتصر له الإمام الشوكاني رحمه الله، فقال: "وقيل إنها لا تصح الوصية لو ارث أصلاً وهو الظاهر، لأن النفي إنما يتوجه إلى الذات. والمراد لا وصية شرعية، وإما إلى ما هو أقرب إلى الذات، وهو: الصحة، ولا يصح أن يتوجه ها هنا إلى الكمال الذي هو أبعد المجازين. وحديث ابن عباس المذكور، إنما دل على صحة الوصية لبعض الورثة مع رضا البعض الآخر، فهو لا يدل على أن النفي غير متوجه إلى الصحة بل هو متوجه إليها...".<sup>(1)</sup>

**أما قانوناً:** فقد تمسك المشرع الجزائري بما أجمع عليه علماء الأمة، في عدم مشروعية الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة،<sup>(2)</sup> وهو ما أورده في نص المادة 189 من قانون الأسرة على أنه: " لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ". وقد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1990/03/05<sup>(3)</sup>. وعن ضابط وصف الشخص بالوارث، فإن المحكمة قررت أن العبرة بوصف الشخص وارثاً، إنما هو أثناء موت الموصي، وعليه يشترط لنفاذ الوصية للوارث إجازة بقية الورثة.<sup>(4)</sup>

---

(2) الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1427هـ، 283/11.  
(3) وهو الذي أقرته معظم التشريعات العربية، منها التشريع المغربي في نص المادة 280 من مدونة الأسرة، وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 274 من قانون الأحوال الشخصية التي نص على أنه: " لا تنفذ الوصية للوارث، ولا بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكان المجيز كامل الأهلية ". وكذا المشرع الأردني في نص المادة 274 / ج التي تنص على أنه: " لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".  
أما التشريع المصري فقد سلك مسلكاً مخالفاً تماماً وأقر مشروعية الوصية للورثة مطلقاً - تمسكاً بمذهب الشيعة الإمامية وبعض الزيدية - وهو ما ورد في نص المادة 1/37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 المتعلق بالوصية على أنه: " تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصبح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه".

على أن هذا الموقف الذي تبناه المشرع المصري كان محل جدل وانتقاد من الفقه المصري.

(3) قرار المحكمة العليا. الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240. المجلة القضائية 3. 1992. ص 57.

(2) قرار المحكمة العليا. تاريخ 1992/11/24، رقم 86039، الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 292.

كما نجد بأن المحكمة العليا قد عللت المنع من الوصية للوارث، كما علّله فقهاء الشريعة الإسلامية في وجود عداوة وبغضاء تكون بين الورثة، وهو ما بيّنته في القرار الصادر بتاريخ 1998/03/17 بأنه: " لا وصية لوارث، لأنه غالباً ما تكون بدافع المحاباة، وتفضيل أحد الأبناء على الآخرين، وهو منهي عنه شرعاً، ولتجنب الأحقاد بين الإخوة، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".<sup>(1)</sup>

كما أجاز المشرع الجزائري الرجوع بعد الإجازة، سواء كان صراحة أو ضمناً،<sup>(2)</sup> وهو ما أكدته المادة 192 من قانون الأسرة على أنه: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ".<sup>(3)</sup> وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بأنه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون...".<sup>(4)</sup>

وبناء على هذا، نلمس وجه الحماية التي قررتها التشريعات للتركة، بالمنع من الوصية للورثة إلا بالإجازة، كما ظهر وجه الحماية في مشروعية الرجوع عن إجازة الوصية، مما يفسر لنا مدى صلاحية الورثة في التمتع بالتركة باعتبارهم خلف المورث.

---

(3) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 179555، الأحوال الشخصية، ص 341.  
(4) قلت: وجل التشريعات العربية على ذلك، منها التشريع المصري الذي نص على ذلك في المادة 18 من القانون رقم 71 لسنة 1946 المتضمن قانون الوصية على أنه: " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ". وكذا المشرع المغربي في نص المادة 286 من مدونة الأسرة. والمشرع الكويتي في نص المادة 228 من قانون الأحوال الشخصية بنفس عبارات التشريع المصري. والمشرع الأردني في نص المادة 258 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه: " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها على أن يكون الرجوع صريحاً ومسجلاً لدى جهة رسمية ". أما التشريع الفرنسي فإنه منع صراحة الرجوع في الوصية بأي شكل، إلا بوصية أخرى أو صك، وهو ما ورد في نص المادة 1035 من القانون المدني التي تنص على أنه: " لا يجوز الرجوع عن الوصايا كلياً أو جزئياً، إلا بوصية لاحقة أو بصك ينظم لدى الكاتب بالعدل يتضمن إعلان التغيير في إرادة الموصي ". وقد وردت صياغة النص كالتالي:

**Art 1035 ;** Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté .

(1) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة.  
(2) قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1990/01/24، ملف رقم 54727، المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1991.

## الفرع الثالث: أساس تقييد الوصية

إن الأساس الذي لأجله تم تقييد الوصية بمجموعة قيود وضوابط، إنما كان ضماناً لحق الورثة في ملكية التركة التي تتول إليهم، وعدم الإضرار بهم عند التجاوز في الوصية. ولذا حقق بعض العلماء بطلان ما يسمى بوصية الضرار؛ وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثالث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة ويصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله في هذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث مناف لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية.

وقد ثبت النهي بالإضرار في الوصية، لحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الإضرار في الوصية من الكبائر".<sup>(1)</sup> ولأن الله تعالى قال ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ ﴾.<sup>(2)</sup> على أن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين :

1. إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، أي إذا قصد حرمان ورثته من بعض ماله.
2. إذا أوصي بأكثر من ثلث التركة، أو إذا أوصي لأحد الورثة دون باقي الورثة أو أوصي لجهة عسوية، قال الإمام العيني رحمه الله: " وفسر الإضرار في الوصية بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث..".<sup>(3)</sup> وقال الإمام ابن رجب رحمه الله: " والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه، ولهذا قال النبي

(1) رواه النسائي في سننه، كتاب التفسير، باب قوله تعالى ﴿تلك حدود الله﴾، رقم 11026، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ، 60/10. والدارقطني في سننه، كتاب الوصايا، رقم 4293، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، 2004م، 266/05.

(2) سورة النساء، الآية 12.

(3) العيني: بدر الدين، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، 2000م، 392/13. 3

صلى الله عليه وسلم: " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث ".<sup>(1)</sup> وتارة بأن يوصي لأجنبي بزيادة على الثلث، فتنقص حقوق الورثة..<sup>(2)</sup>

## المبحث الثاني

### حماية التركة من التصرفات الساترة للوصية

نص المشرع الجزائري على حالتين يحمي فيها الورثة من الوصايا المستترة، وهي كالآتي:

#### المطلب الأول

#### تصرفات المريض مرض الموت

#### الفرع الأول: وجه تعلق حق الورثة في الخلافة حال مرض الموت<sup>(3)</sup>

أثار الفقهاء بحثا نظريا في نوع الحق الذي تعلق به الورثة حال مرض الموت، مع اتفاقهم في ثبوت هذا الحق، أهو حق ملكية في ثلثي ما يبقى بعد الديون، أم هو مجرد الحق في الخلافة لا يثبت ملكاً، وإنما الملكية تبتدى فقط بعد حصول الوفاة؟

ذهب المتأخرون من الفقهاء فيما حكاه الإمام الكاساني رحمه الله إلى اعتبار حق الورثة في وقت مرض الموت لا يتجاوز الحق في الخلافة، وقد ثبت هذا في مرض الموت لكي يمان ثلثا التركة لهم، في حين اعتبر البعض أن حق الورثة في التركة حال مرض الموت هو حق ملكية، واستدل أصحاب هذا الرأي بحديث: " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم ".<sup>(4)</sup> وهذا

(4) تقدم تخريجه في مسألة الوصية للوارث.

(2) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1422هـ، 2001م، 213/02.

(3) انظر : الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 230/03 وما بعدها. أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، بيروت، 1936، ص 15، 16.

( ) سبق تخريجه في تعييد الوصية في نطاق المقدار . 4



التصديق يكون باستبقاء الملك على الذمة وقت مرض الموت في الثلث، وهذا يقتضي أن الثلثين قد زال ملكهما عن المريض مرض الموت، وإذا كان قد زال الملك في الثلثين، وخلت ذمته منه، فإنه سيؤول إلى الورثة، لأنهم خلفاؤه في ماله، وحياتهم امتداد لحياته، ولقد أجمع العلماء على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ في أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، ولو كان ملكاً ثابتاً في الثلثين لنفذ تبرعه بالزيادة على الثلث. فعدم نفاذه دليل زواله، ولا يزول إلى غير مالك، بل يزول إلى مالك وهم الورثة.

أما على رأي المتأخرين من الحنفية، الذين قالوا إن الورثة يثبت لهم في وقت مرض الموت حق الخلافة، وليس ذلك ملكاً من أي وجه من الوجوه، فعماده الإجماع على أن تبرع المريض بأكثر من الثلث لا يمس في حياته، ولكن ينقض بعد وفاته إن أراد الورثة نقضه وكان هناك مسوغ، فقد كان تصرفاً منعقداً نافذاً وهو يدل على أنهم ما كانت لهم ملكية قبل الوفاة، ولو بسبيل الاستناد. وفوق ذلك فإنه من المتفق عليه فإنه من المتفق عليه أنه لو كان الشخص غير أهل للميراث وقت مرض الموت، ثم يصير أهلاً عند الموت، فقد اتفقوا على أنه يكون وارثاً، ويكون له كل حقوق الوارثين من الاعتراض على كل تبرع يتجاوز الثلث، فلو كان حق الورثة هو الملكية وقت مرض الموت وقبل موته، ما كان لهؤلاء الذين ورثوا، ولم يكونوا أهلاً للميراث في المرض -كغير مسلم- أسلم- حق الميراث، لأن باقي الورثة قد ملكوه، وما كان لهؤلاء الذين صاروا وارثين عند الوفاة الحق في نقض ما تبرع به مورثهم، لأن حق الإرث لم يكن ثابتاً طول مدة مرض الموت، ولكن ثبت لهم حق الاعتراض، فلا يمكن أن يكون حق الوارث في الاعتراض حق ملكية.

### **الفرع الثاني: التكيف الفقهي والقانوني لتصرف المريض مرض الموت**

جعل جمهور الفقهاء التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت مضافة إلى ما بعد الموت، وتسري عليها أحكام الوصية، وهو ما ورد في نص المادة 776 من القانون المدني

الجزائري<sup>(1)</sup> على أن: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".<sup>(2)</sup> فالقانون بحمايته للورثة من هذه التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت بأن كشف عن حقيقتها وأحاطها بقيود الوصية، بحيث لا تخرج عنها بحال. وهو ما يقتضي أن هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إذا تجاوز ثلث التركة إلا إذا خضع للإجازة. على أنه يلزم أن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت من جهة، وقصد به صاحبه التبرع من جهة أخرى، فمتى توفر الشرطان حكم عليه بحكم الوصية مهما كان نوعه.

#### الفقرة الأولى: صدور التصرف في مرض الموت:

أولاً: مفهوم مرض الموت: اختلف الفقهاء في تحديد مدلول مرض الموت، وإن اتفقت عباراتهم في أنه المرض المخوف الذي يصحبه الموت.<sup>(3)</sup>

قال إمام الحرمين رحمه الله: " هو المرض الذي يخاف منه التلف غالباً، وقد يرجى البرء منه ".<sup>(4)</sup> وقال الإمام الخرخشي رحمه الله: " هو ما حكم الأطباء بكثرة الموت منه ".<sup>(5)</sup> وجاء في الفتاوى الهندية: " المريض مرض الموت من لا يخرج إلى حوائج نفسه وهو الأصح كذا في خزنة المفتين

---

(1) وكذا المشرع المصري في نص المادة 912 من القانون المدني. والمشرع الأردني في نص المادة 1128 من القانون المدني. والمشرع الإماراتي في نص المادة 1/1260 من قانون المعاملات رقم 05 لسنة 1985. وتبناه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في نص المادة 207.

(1) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. (3) وهو الذي تبنته محكمة النقض المصرية في قرارها: " المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً، أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلة المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت يعجز غير العاجز من قبل القيام بمصالحه الخفيفة خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به ".نقض رقم 15 لسنة 40 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1976/01/07.

( الجويني (ت 478 هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ، 2007م، 4.168/08 )  
( الخرخشي: شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ، 1997م، 304/05. 5)

حد مرض الموت تكلموا فيه، والمختار للفتوى، أنه إذا كان الغالب منه الموت، كان مرض الموت، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن <sup>(1)</sup>.

بناء على هذه التعريفات، يتبين أن مرض الموت لا بد أن يجتمع فيه الوصفان:

**أولهما:** أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع هذا إلى الأطباء المختصين، وكذا حالة المريض نفسه.

**ثانيهما:** أن يعقبه الموت متصلاً به سواء أكان الموت بسببه ظاهراً أم كان بسبب آخر أفضى

إلى الموت كقتل أو أي سبب آخر أفضى المريض إلى الموت حال كونه مريضاً.

على أنه لا يشترط في الصحيح لزوم الفراش على وجه الاستمرار بل العبرة للغلبة <sup>(2)</sup>.

فإذا انتفى الوصفان كلاهما أو أحدهما، فلا يعتبر الإنسان مريضاً مرض الموت، وعليه يكون حكم

تصرفاته حال مرضه كحكم تصرفاته حال صحته صحة وبطلاناً.

**ثانياً: عبء إثبات مرض الموت:**

يلزم أن يكون التصرف الصادر من الشخص قد صدر في مرض موته بعد توفر شروطه بأن يكون

المرض مخوفاً، ويقعد صاحبه عن قضاء حاجاته الأساسية، وأن يصحبه الموت مباشرة من دون

أن تتخلله فترات الصحة، على أن عبء إثبات الواقعة تكون ملقاة على عاتق الورثة، وهو ما أورده

المشروع الجزائري في نص المادة 2/776 على أنه: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف

القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج

على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً". وبناء على ذلك، فإن عبء الإثبات يقع

على عاتق الورثة الطاعنين في تصرف المريض مرض الموت، وجاء النص مطلقاً في ذكر طرق

---

( لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ، 1.176/04)

(2) وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية: "لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار، بل يكفي أن يلازمه وقت اشتداد العلة به، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض، أو ينقص من أهليته". نقض رقم 66 لسنة 29 قضائية، جلسة 1964/03/26، مجموعة أحكام النقض، ص 395.

الإثبات، ولم يقيد بوسيلة محددة، فيمكن الإثبات مثلاً بتقرير طبي أو شهادة الشهود، وقد قررت المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الثبوت بشهادات طبية بأن الواهب في حالة مرض مخيف، وبأن الهبة كانت في مرض الموت، فإن بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبب"<sup>(1)</sup> وبناء عليه، فيمكن الإثبات بكل الطرق، لأنهم يثبتون واقعة مادية.

كما نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 3/776 من القانون المدني، والتي تنص على أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت المتصرف له خلاف ذلك." بأنه قد وضع قرينة للتخفيف على الورثة عبء الإثبات، وهي أن يكتفي الورثة بأن التصرف صدر من الشخص وهو في حال مرض الموت، حتى تتصرف طبيعة التصرف قانوناً إلى كونه تبرعاً لا غير، بشرط عدم إثبات العكس من المتصرف له.

أما فيما يتعلق بمسألة الاحتجاج على الورثة بالتاريخ، فنص المادة حسم الموضوع فيما تعلق بعدم اعتبار العقد العرفي، وهو ما ورد في نص المادة 1/328 من القانون المدني الجزائري:<sup>(2)</sup> " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً: من يوم تسجيله من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام...".

---

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/06/16، ملف رقم 197335، عدد خاص، 2001، ص 281.  
(2) وكذا التشريع المصري في نص المادة 916 من القانون المدني التي نصت على أنه: " ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً " وهو سند التصرف الصادر من المورث، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً في وقت سابق على مرض الموت، كان هذا التاريخ حجة على الورثة، ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً، وأن التاريخ الحقيقي لصنود السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضاً بمرض الموت، وللورثة إثبات ذلك بجميع الطرق حتى البيئة والقرائن، بالرغم أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق. انظر المسألة: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 223/09.

## الفقرة الثانية: التصرف مقصود به التبرع

يجب أن يكون التصرف قد قصد به التبرع، فقد يُحتمل - وإن كان على وجه الندرة - أن يكون قصد من تصرفه المعاوضة، وأكثر ما تتصرف المعاوضة إلى البيع، فإن المشرع أعطى الحق للورثة حق الاعتراض وهو ما ورد في نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نص الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال".<sup>(1)</sup>

وفيما يتعلق بعبء إثبات التصرف الصادر في مرض الموت والمقصود به التبرع، فإن هذا لا يقع على عاتق الورثة، وإنما يقع هنا عبء الإثبات على عاتق من صدر له التصرف، ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع، على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث، فإن أثبت ذلك، وكان التصرف فيه محاباة، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسري عليها أحكام الوصية.<sup>(2)</sup>

لكن استثنى المشرع الجزائري<sup>(3)</sup> تطبيق أحكام المادة إذا وقع التصرف مع الغير وكان حسن النية وقد كسب حقاً عينياً بهذا التصرف، الوارد في المادة 409 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على الشراء". وبهذا النص يكون المشرع قد وفر حماية للشخص حسن النية في مواجهة الورثة المعترضين على التصرف والمطالبين بعدم نفاذه باعتباره تبرعاً جاوز القدر المشروع، شريطة

(1) وهو ما أورده المشرع المصري أيضاً في نص المادة 477 من القانون المدني

( ) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 225/09. 2

(3) وكذا المشرع المصري في نص المادة 478 من القانون المدني: "لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة".

أن يكون هذا الشخص غير عالم بمرض البائع مرض الموت وإلا اعتبر سيء النية ويفتقد إلى الحماية المقررة في المادة 409.

## المطلب الثاني

### التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياسة العين

#### وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته

#### الفرع الأول: شروط اعتبار التصرف في حكم الوصية

إن التصرفات التي يقصد بها أي شخص حيازة العين مع احتفاظه بحقه في الانتفاع، فهي تدخل في نطاق التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت،<sup>(1)</sup> فتحمي الورثة منها، وذلك بإحاطتها بقيود الوصية.

وهو ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 777 من القانون المدني على أنه: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك". وأكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/03/05: "من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك...".<sup>(2)</sup>

(1) وكذلك المشرع المصري في نص المادة 927 من القانون المدني على أنه: "إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، ما لم يتم دليل يخالف ذلك".

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا في 1990/03/05 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 03 ص 57.

يلاحظ أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته، بل في حال صحته، والمورث قيد تصرفه هذا بشيئين: حيازة العين أولاً وحقه في الانتفاع بها مدى حياته، فهو بذلك أشبه ما يكون وصية،<sup>(1)</sup> وهذا على اعتبار أن الموصي له لا يحوز العين، كما أنه لا يتصرف فيها إلا بعد وفاة الموصي. فتصرف المورث ببيع - أو أي عقد من عقود المعاوضات لأحد ورثته شريطة أن يحتفظ بالعين والانتفاع بها مدى الحياة، وهو من قبيل التحايل على أحكام القانون، فيعتبر في حكم الموصي. بناء على ما سبق ذكره، يتبين أنه يشترط لاعتبار تصرف المورث من قبيل الوصية المستترة شرطان:

#### أولاً: أن يكون التصرف لصالح أحد الورثة

وهذا لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له، فإن تصرف المورث لغير وارث، بأن باع منزلاً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع بها مدى حياته، فإنه من حيث الأصل - وتمسكاً بحرفية النص - فإن التصرف لا تسري عليه أحكام الوصية، لكن يمكن إعمال القرينة القانونية الواردة في النص، واعتبار التصرف وصية بعد ثبوت العكس.

---

(1) يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله: " وقد كان القضاء يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية. لا سيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة طول حياة البائع، وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع. ولما كانت الوصية للوارث محظورة، كان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم في صورة بيوع يحتفظون فيها بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة. وقد تضاربت أحكام القضاء في تكييف التصرف على هذا النحو، هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة، فحسم المشرع هذا الخلاف في اعتبار التصرف وصية ما لم يعم دليل على غير ذلك." السنهوري، الوسيط، 227/09، 228.

### ثانياً: أن يحتفظ المورث بالحياسة وحق الانتفاع بالعين مدى الحياة<sup>(1)</sup>

ذلك أن النص القانوني جعل من احتفاظ المورث في تصرفه بحياسة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف يأخذ حكم الوصية المستترة. لكن يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القرينة بإثبات العكس.<sup>(2)</sup>

فيصح أن يثبت المشتري من المورث أن يثبت أن التصرف الصادر له هو بيع منجز، أو هبة منجزة مستترة في صورة البيع، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت، بأن يثبت أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف، وأن احتفاظ البائع بالحياسة يرجع إلى أن المشتري قاصر، وقد باشر البائع الحياسة نيابة عنه باعتباره ولياً، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى الحياة يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة.<sup>(3)</sup>

فمتى دحض من تصرف له المورث هذه القرينة القانونية - التي تثبت الوصية المستترة - بإثبات عكسها، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة، وإن لم يستطع إثبات العكس - وهو الغالب - بقيت القرينة قائمة، واعتبر التصرف وصية مستترة تسري عليه أحكام الوصية.

---

(1) قضت محكمة النقض المصرية في قرارها: " إن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة 917 مدني هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريد منه، ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة، أو عن طريق آخر مماثل ". انظر: نقض مدني، جلسة 1963/04/25، رقم 84 مجموعة أحكام النقض، ص 579.

(2) وهو الوارد في المادة 777 مدني جزائري: " يعتبر التصرف وصية .. ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ".  
( السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، 234/09، 235. 3 )



## الخاتمة:

بعد عرض عناصر الموضوع، تبينت مجموعة من النتائج نجملها فيما يلي:

**أولاً:** أن فقهاء الشريعة والقانون اتفقت عباراتهم في حماية التركة من التعسف ضمناً لحق الورثة منها، وذلك بتقييد حرية التصرف فيها بإطلاق.

**ثانياً:** اعتبر الشرع والقانون كل تصرف صادر في مرض الموت يأخذ حكم الوصية.

**ثالثاً:** حظيت التركة بنطاق واسع من الحماية حيث تم سد جميع الطرق المتسللة للتعدي عليها بطريق الإيذاء المصادم للحق الكامل للورثة.

**رابعاً:** أنه بالرغم من الضمانات التي وفرها القانون للتركة إلا أنه من الناحية العملية تخلل بعض الغموض في التطبيق، وهذا راجع لعدم وضوح بعض العبارات وتفسيرها تفسيراً قضائياً سليماً.

**خامساً:** أن العقود والتصرفات وإن كان الأصل فيها الإباحة والمشروعية إلا أنه لو قصد بها الإضرار بالغير لزم من ذلك إعادة تكييفها وضبطها بما يتماشى مع مصلحة حفظ الحقوق.

### أما التوصيات فهي كالاتي:

**أولاً:** على التشريعات الوضعية وضع مصطلح محدد للتركة حسماً للخلاف الفقهي حول ضبط مدلولها، ومنعاً من تضارب الأحكام والاجتهادات القضائية.

**ثانياً:** ضرورة سن جملة من النصوص القانونية لضبط عقد الوصية وما أثارته من إشكالات عملية.

**ثالثاً:** عقد الملتقيات والندوات العلمية حول التركة ومشتقاتها وجملة العقود التي تتداخل فيها لطح الإشكالات والخلوص بجملة من التوصيات لرفعها على مستوى هيئة التشريع لسد بعض الثغرات.

**رابعاً:** تشجيع الطلبة والباحثين للخوض في المصنفات الفقهية القديمة وتاريخ القانون للظفر ببعض الأحكام النادرة لجملة من المسائل الخادمة للتركة والوصايا.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: القرآن الكريم

مصحف المدينة برواية حفص عن عاصم.

### ثانياً: الحديث الشريف

1. مالك بن أنس، الموطأ، بيت الأفكار الدولية، بيروت، 2004م.
2. البخاري، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1400هـ.
3. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، ط1، 1427هـ، 2006م.
4. أبو داود، السنن، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ.
5. ابن ماجه، السنن، دار الجيل، بيروت، ط1، 1408هـ.
6. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ، 2003م.
7. النسائي، سنن النسائي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ، 2001م.
8. الدار قطني، السنن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ.
9. ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1422هـ، 2001م.

### ثالثاً: معاجم اللغة

1. الرازي: محمد بن أبي بكر (ت 660 هـ)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.

### رابعاً: كتب الفقه الإسلامي

1. ابن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، (د، ط).
2. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، ط خ، 1423هـ، 2003م.
3. ابن قدامة، الكافي على مذهب الإمام أحمد، هجر، الجيزة، ط1، 1417هـ، 1997م.

4. ابن رشد الجد، المقدمات والممهديات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ.
5. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1، 1425هـ.
6. ابن عبد البر، الاستنكار، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1414هـ، 1993.
7. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ، 2033م.
8. أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، بيروت، 1936.
9. برهان الدين البخاري (ت 616 هـ)، المحيط البرهاني، إدارة القرآن، باكستان، ط1، 1424هـ، 2004م.
10. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب.
11. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ.
12. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م.
13. السبكي: تاج الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1991م.
14. الدردير: أبي البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة.
15. الزركشي (ت 794 هـ)، المنثور في القواعد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1402هـ.
16. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ، 2003م.
17. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ.

18. الشيرازي: أبي اسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ، 1995م.
19. الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1427هـ.
20. الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.
21. القفال الشاشي (365هـ) محاسن الشريعة في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ، 2007م.
22. العيني: بدر الدين، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، 2000م.
23. الجويني، نهاية المطالب في دراية المذهب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ، 2007م.
24. الخرخشي: شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ، 1997م.
25. نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ.

#### خامساً: الكتب القانونية

1. أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1978.
2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
3. العربي بلحاج، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
4. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
5. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
6. القانون رقم 71 لسنة 1946 المتضمن قانون الوصية المصري.